

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Onrechtmatige doorzoeking)

Borgers, M.J.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2012). *Case note: Hoge Raad (Onrechtmatige doorzoeking)*, No. 145, Jan 04, 2011. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2012).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Annotatie NJ 2012, 145 (onrechtmatige doorzoeking)

HR 4 januari 2011, nr. 08/03766

M.J. Borgers

1. Enkele opsporingsambtenaren betreden op grond van artikel 9 Opiumwet het woon- en slaapgedeelte van een binnenvaartschip. Aldaar worden jerrycans met ‘gebruiksklare voedingsoplossing’ – kennelijk bestemd voor de hennepsteelt – uit een kast tegenover het bed gehaald. Ook worden er dozen onder het bed vandaan gehaald die assimilatielampen blijken te bevatten. Tot slot wordt de afgesloten deur van een kast naast het bed geopend. De kast is leeg, maar in de kast bevindt zich nog een opening die toegang geeft tot het ruim van het schip. In dat ruim wordt een hennepplantage aangetroffen.

De verdediging betoogt dat dit complex aan handelingen een doorzoeking oplevert, waartoe de opsporingsambtenaren op grond van artikel 9 Opiumwet niet bevoegd waren (vgl. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2007/8 en HR 21 oktober 2003, *NJ* 2007/9 m.nt. P.A.M. Mevis), en dat derhalve bewijsuitsluiting dient plaats te vinden. Het gerechtshof onderschrijft dit standpunt slechts ten dele. De jerrycans zijn aangetroffen door middel van zoekend rondkijken, waartoe de betredingsbevoegdheid van artikel 9 Opiumwet wel de grondslag biedt. Het gerechtshof licht dat niet nader toe, maar kennelijk stond de betreffende kastdeur open of was deze deur transparant. Ten aanzien van het openen van de dozen en de afgesloten deur van de kast naast het bed oordeelt het gerechtshof dat sprake is van een onbevoegde doorzoeking. Het gerechtshof past met betrekking tot (de inhoud van) de dozen bewijsuitsluiting toe. Met betrekking tot de vondst van de hennepplantage volstaat het gerechtshof met de enkele constatering van het vormverzuim. Ter onderbouwing van deze laatste beslissing overweegt het gerechtshof – kort gezegd – dat door de onrechtmatige doorzoeking weliswaar het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het geding is gekomen, maar dat de ruimte achter de deur van de kast naast het bed ‘slechts een doorgang bood (...) en (...) overigens geheel leeg was’ zodat elk nadeel voor de verdachte is uitgebleven.

In cassatie wordt erover geklaagd dat niet integraal bewijsuitsluiting heeft plaatsgevonden. Die klacht wordt verworpen, omdat het oordeel van het gerechtshof niet van een onjuiste rechtsopvatting blijkt geeft en ook toereikend is gemotiveerd.

2. De overwegingen van de Hoge Raad vangen aan met een kort overzicht van de rechtspraak omtrent artikel 359a Sv. Daaraan voegt de Hoge Raad een overweging (3.2.2) toe die, voor zover ik heb kunnen nagaan, in eerdere rechtspraak nog ontbrak (vgl. wel reeds onderdeel 3.19 van de conclusie van A-G Machielse voor HR 6 september 2005, *NJ* 2006, 447 m.nt. J.M. Reijntjes en onderdelen 11-12 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 december 2006, *NJ* 2007, 28). De Hoge Raad merkt op dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang en dus ook niet kan gelden als nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv. Deze overweging heeft, strikt genomen, betrekking op twee van de drie algemene factoren die in artikel 359a lid 2 Sv worden genoemd: het belang dat het geschonden voorschrift dient alsmede het nadeel dat door het vormverzuim wordt veroorzaakt.

Dat de ontdekking van het strafbare feit niet wordt aangemerkt als rechtens te respecteren belang, ligt gelet op het relativiteitsvereiste – het vereiste dat er sprake moet zijn van een aantasting van een belang dat het voorschrift beoogt te beschermen – eigenlijk voor de hand. De voorschriften die betrekking hebben op het strafvordelijke onderzoek, hebben niet als (primair) doel het voorkomen dat strafbare feiten worden ontdekt. Dat zou ook nogal wonderlijk zijn. Wel geldt – uiteraard – dat sommige voorschriften het ontdekken van strafbare feiten moeilijker maken, maar die belemmering is dan de consequentie van het feit dat er een ander, beschermingswaardig belang in het geding is. Denk bijvoorbeeld aan artikel 126aa lid 2 Sv: de verplichting om (de uitwerking van) opgenomen en/of afgeluisterde geheimhoudersgesprekken te vernietigen, kan met zich brengen dat voor het opsporingsonderzoek waardevolle informatie niet aan het licht komt of verloren gaat. Dat is evenwel niet hetgeen met artikel 126aa lid 2 Sv wordt nagestreefd. Dit voorschrift biedt bescherming aan de belangen die met het verschoningsrecht zijn gemoeid. Dat rechtvaardigt dat voor het onderzoek mogelijk interessante bevindingen niet mogen worden benut. Iets dergelijks geldt ook in de hierboven afgedrukte zaak: de voorschriften betreffende de doorzoeking van een woning beschermen het huisrecht en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een onrechtmatige doorzoeking tast in principe het ongestoorde woongenot en de privacy van de bewoner aan, ongeacht of die doorzoeking al dan niet tot het ontdekken van een strafbaar feit leidt.

Het in artikel 359a lid 2 Sv genoemde nadeel dat door het verzuim wordt veroorzaakt, hangt nauw samen met het relativiteitsvereiste (vgl. ook Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003, p. 148). Wanneer een voorschrift wordt geschonden dat ertoe strekt enig belang van de verdachte te beschermen, brengt dat in de regel nadeel met zich. Dat nadeel bestaat uit (het resultaat van) de concrete schending van dat belang. Bij niet-naleving van artikel 126aa lid 2 Sv wordt het belang van de verdachte geschonden dat hetgeen tussen de verdachte en zijn raadsman is besproken, vertrouwelijk is en blijft. Soms ontbreekt het nadeel, ook al wordt aan het relativiteitsvereiste voldaan. Bijvoorbeeld wanneer een vertrouwelijk overleg tussen de verdachte en zijn raadsman (ten onrechte) wordt opgenomen, maar de enige passage die wordt uitgewerkt en uiteindelijk in het dossier terecht komt, net de in de marge van het overleg, voor de strafzaak irrelevante *small talk* – het doornemen van de voetbaluitslagen van de avond tevoren – betreft.

De Hoge Raad lijkt met overweging 3.2.2 de band tussen het relativiteitsvereiste en het nadeel te willen onderstrepen. Indien het gaat om schending van de doorzoekingsvoorschriften, moet worden onderzocht in hoeverre de verdachte concreet is aangetast in de belangen die deze voorschriften beogen te beschermen. Het gaat in deze zaak dus om de vraag in hoeverre het huisrecht en de privacy zijn geschonden en – meer specifiek – waaruit die schending staat. Iets abstracter gezegd: voor de toepassing van artikel 359a Sv is relevant het nadeel dat de norm, gelet op het beschermingsbereik, beoogt te voorkomen. Dat laat onverlet dat de schending van de norm feitelijk gezien ook andere (negatieve) consequenties kan hebben, waaronder het ontdekken van het strafbare feit. Maar wanneer het beschermingsbereik van de norm niet specifiek op die gevolgen ziet, hebben deze niet te gelden als – rechtens relevant – nadeel.

3. Aan de hand van deze – in de kern niet opzienbarende – uitwerking van twee van de factoren van artikel 359a lid 2 Sv duidt de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof nader. Dat oordeel wordt in overweging 3.5 zo uitgelegd dat het openen van de afgesloten kastdeur weliswaar onrechtmatig was en

inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, maar dat daardoor geen nadeel is ontstaan omdat de kast slechts een doorgang bood en overigens geheel leeg was, terwijl het aantreffen van de hennepplantage op zichzelf geen (rechtens relevant) nadeel oplevert. Ogenschijnlijk is dat een consistente redenering. Maar het resultaat en ook de weg daarnaar toe is niet in alle opzichten bevredigend. Ik maak enkele opmerkingen over onderdelen van de overwegingen van het gerechtshof en de Hoge Raad.

4. Het gerechtshof benadrukt dat zich in de afgesloten kast ‘geen voorwerpen bevonden die vanuit een oogpunt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van enige betekenis waren’. Dat impliceert dat vooral de inhoud van de kast maatgevend wordt geacht. Maar is het openen van een afgesloten kast op zichzelf niet al een redelijk concrete schending van de privacy? Een kast biedt de mogelijkheid om voorwerpen uit het zicht van anderen weg te bergen en het is die mogelijkheid die wordt gefrustreerd. Zou daaraan geen zwaarder gewicht moeten worden toegekend? Een tegenwerping zou kunnen zijn dat het openen van een kast inderdaad een schending van de persoonlijke levenssfeer en dus reeds een (eerste) aantasting van het privacybelang oplevert, maar dat de ernst daarvan – en dus de mate waarin nadeel is geleden – vooral wordt bepaald door hetgeen men in de kast aantreft, dus door de inhoud van de kast. Echter, het bepalen van die ernst is geen eenvoudige opgave. Zou het oordeel in de hierboven afgedrukte zaak anders (moeten) luiden indien in de kast een stapel theedoeken was aangetroffen? Of een collectie lingerie? En als de inhoud van de kast maatgevend moet worden geacht, waarom is het ontdekken van de opening naar het ruim van het schip dan eigenlijk niet relevant? Was dat gat nu juist niet iets dat de bewoner aan het zicht wilde onttrekken? Of moet men de ‘normale’ functionaliteit van een kast in ogenschouw nemen: een kast dient om gebruiksvoorwerpen op te bergen en niet om toegangsmogelijkheden af te schermen? Als dat zo is, zou het dan uitmaken wanneer er geen gat in de kast aanwezig is, maar – heel functioneel – op de bovenste plank een blok hasj is opgeborgen? Of dat de kast zelf een minikwekerij zou bevatten (zodat sprake is van een zogeheten kweekkast)? Kortom: de casus van deze zaak en het oordeel van de rechter doen tal van vragen rijzen die alle verband houden met de wijze van vaststellen van het gewicht van de schending en dus de mate waarin nadeel is geleden. Te overwegen zou zijn, teneinde al deze lastige uitwerkingsvragen te vermijden, om het openen van een kast reeds als een tamelijk ernstige inbreuk op de privacy op te vatten. Volledigheidshalve voeg ik daaraan toe dat die inbreuk onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn – een kast is geen vrijplaats – maar daarvoor moeten dan wel de daartoe geldende voorschriften – met inbegrip van het daarbij behorende onderscheid tussen zoekend rondkijken en doorzoeken – in acht worden genomen.

5. In het verlengde hiervan springt in het oog dat de Hoge Raad overweegt dat ‘door het openen van die deur [de kastdeur; MJB] niet een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden’. Deze zinsnede refereert uiteraard aan één van de voorwaarden voor bewijsuitsluiting zoals geformuleerd in het standaardarrest *NJ 2004/376* m.nt. YB, maar is in de context van de hierboven afgedrukte zaak toch intrigerend. Want is er nu geen sprake van een *belangrijk* voorschrift – te weten: de regeling van de doorzoeking van een woning van artikel 97 Sv – dat is geschonden, of is daarvan wel sprake maar is dat voorschrift *niet in aanzienlijke mate* geschonden? Men zou kunnen stellen dat de Hoge Raad op dit punt geen specifieke keuze heeft behoeven te maken, omdat van een schending in aanzienlijke mate reeds geen sprake is omdat er niets in de kast lag. Dan

kan in het midden blijven of het voorschrift al dan niet belangrijk was. Maar het kan niet op voorhand worden uitgesloten dat in deze overweging van de Hoge Raad een verderstrekkende boodschap besloten ligt. In andere recente arresten heeft de Hoge Raad in relatie tot verweren die strekken tot bewijsuitsluiting, overwogen dat een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals gegarandeerd door artikel 8 EVRM, niet zonder meer een inbreuk oplevert op het recht van artikel 6 EVRM op een eerlijk proces. Dat doet er weliswaar niet aan af dat schending van de privacy nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv kan opleveren (vgl. ook Ter Haar & Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 39), maar de Hoge Raad maakt aldus duidelijk dat bij een dergelijke schending bewijsuitsluiting in principe niet in aanmerking komt en dat 'hooguit' nog strafvermindering kan worden toegepast (zie HR 7 juli 2009, *NJ* 2009, 399, HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011/169 m.nt. T.M. Schalken, HR 21 december 2010, *NJ* 2012/24 m.nt. M.J. Borgers en HR 20 september 2011, *NJ* 2011/441). De consequentie daarvan lijkt te zijn dat een strafvorderlijke voorschrift zoals artikel 97 Sv, dat ziet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het huisrecht, niet (langer?) behoort tot de categorie belangrijke (strafvorderlijke) voorschriften of rechtsbeginselen. Het oordeel van de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte zaak zou men als een (subtiele) bevestiging van die consequentie kunnen opvatten. Al is enige aarzeling ook wel mogelijk. Want indien schending van artikel 97 Sv inderdaad nimmer, althans zo goed als nooit, kan leiden tot bewijsuitsluiting, had de Hoge Raad reeds op die grond het cassatieberoep kunnen verwerpen. Die route heeft de Hoge Raad evenwel niet gevolgd.

In dit verband is ook overweging 3.4 relevant. Daarin schuift de Hoge Raad de opvatting ter zijde dat het gerechtshof eenzelfde rechtsgevolg had moeten verbinden aan enerzijds het openmaken van de onder het bed aangetroffen dozen (met assimilatielampen daarin) en anderzijds het openen van de afgesloten deur van de kast naast het bed. Op dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij op zich weinig af te dingen. Overweging 3.4 mag ook niet zo worden gelezen dat de Hoge Raad zich (zonder meer) verenigt met het oordeel van het gerechtshof dat de vondst van de assimilatielampen van het bewijs wordt uitgesloten. Aantasting van dat oordeel door de Hoge Raad zou neerkomen op ambtshalve cassatie ten nadele van de verdachte, zodat de Hoge Raad hier behoedzaam heeft moeten manoeuvreren (zie nader Kooijmans, *DD* 2011, p. 1106-1107). De Hoge Raad reageert hier op de stelling die in het cassatiemiddel wordt verdedigd. Niet meer en niet minder. Dat laat onverlet dat de uitkomst waartoe het gerechtshof komt, onbevredigend is. Het gaat in beide gevallen om een schending van artikel 97 Sv, de mate van inbreuk op de privacy lijkt niet anders te zijn en in beide gevallen zijn uitsluitend voorwerpen aangetroffen die onmiskenbaar verband houden met de teelt van hennep. Wat is dan voor wat betreft het verbinden van het rechtsgevolg het rechtens relevante verschil?

6. De Hoge Raad citeert in overweging 3.5 de vaststelling van het gerechtshof dat de geopende kastdeur 'slechts een doorgang bood (naar daarachter gelegen ruimten) en dat die ruimte overigens geheel leeg was'. De Hoge Raad citeert of herhaalt niet hetgeen het gerechtshof hierop laat volgen, namelijk dat dus geen voorwerpen zijn aangetroffen die met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van enige betekenis zijn. Wanneer men de geciteerde woorden geïsoleerd beschouwt, zou men daarin ook een andere redenering kunnen ontwaren, namelijk dat de afgesloten kastdeur niet als een 'echte' kastdeur moet worden beschouwd, maar als een doorgangsdeur. De status van een deur is een relevant gegeven. Immers, op grond van een bevoegdheid tot binnentreden, waaronder de bevoegdheid van artikel 9 Opiumwet, is de opsporingsambtenaar gerechtigd zich de toegang tot een ruimte te

verschaffen, waaronder ook wordt begrepen het zich zo nodig verschaffen van doorgang binnen een ruimte en het zo nodig verplaatsen van voorwerpen met het oog op het vrijmaken van de doorgang (zie artikel 9 Awbi en voorts HR 25 mei 2004, *NJ* 2006, 435). Zou men de kastdeur eigenlijk als een doorgangsdeur moeten beschouwen, dan zou artikel 9 Opiumwet de wettelijke grondslag voor het optreden van de opsporingsambtenaren hebben gevormd. Gelet op hetgeen *achteraf* is vastgesteld omtrent de inhoud van de kast en de aanwezigheid van het gat, komt de gedachte dat het hier niet werkelijk om een kastdeur ging, waarschijnlijk al snel naar boven. Maar aan die gedachte moet weerstand worden geboden, omdat men dan vanuit het resultaat zou gaan terugredeneren. Artikel 9 Opiumwet kan alleen als een toereikende wettelijke grondslag worden beschouwd indien de opsporingsambtenaren *tevorens* reeds goede redenen hadden om aan te nemen dat het om een doorgangsdeur *in disguise* ging. Die redenen ontbraken in dit geval, zoals A-G Machielse in onderdeel 3.12 van zijn conclusie uiteenzet.

7. Dat het ontdekken van het gepleegde feit niet kan worden aangemerkt als nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv, is – zoals gezegd – eigenlijk geen opzienbarende beslissing. Maar dat een toch duidelijke schending van de voorschriften omtrent de doorzoeking van een woning leidt tot niet meer dan de enkele constatering van het vormverzuim, is een onbevredigend eindresultaat. De eis van een behoorlijke opsporing verzet zich er tegen dat strafbare feiten worden ontdekt door onrechtmatige toepassing van opsporingsbevoegdheden. Dat de verdachte geen rechtens relevant nadeel heeft geleden, betekent daarom nog niet dat er geen vuiltje aan de lucht is.

Natuurlijk, aan één arrest van de Hoge Raad moet men geen al te verstrekkende consequenties verbinden, zeker wanneer de Hoge Raad zelf nog eens nadrukkelijk op ‘de omstandigheden van dit geval’ wijst (in overweging 3.5). Met dit arrest is niet gezegd dat nimmer meer rechtsgevolgen zouden kunnen worden verbonden aan schending van artikel 97 Sv, en zeker ook niet dat ieder vormverzuim dat leidt tot ontdekking van het gepleegde feit, alleen nog maar met de enkele constatering zal mogen worden afgedaan. Bij een substantiële schending van de privacy komt in elk geval strafvermindering in aanmerking. Tegelijkertijd past dit arrest in een lijn die men in verschillende recente arresten kan ontwaren en die erop neerkomt dat artikel 359a Sv nog slechts in geringe mate wordt gehanteerd als middel om greep te houden op het strafvorderlijke overheidsoptreden. Centraal staat het rechtdoen aan of het compenseren van duidelijke, concrete schendingen van de rechtmatige belangen van de verdachte, niet het normeren en het sturen van het strafvorderlijke overheidsoptreden (zie daarover meer uitvoerig de noot onder HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603).

Ter Haar en Meijer uiten waardering voor het hierboven afgedrukte arrest omdat daarin ‘optimaal rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval’ (*a.w.*, p. 139). Plaatst men dit arrest echter in de bredere context van de recente rechtspraak omtrent artikel 359a Sv, dan rijst de vraag of de strafrechter – de Hoge Raad in het bijzonder – de greep op het overheidsoptreden niet al te zeer laat verslappen. A-G Machielse wijst in zijn conclusie in de hierboven afgedrukte zaak (onder 3.11) er terecht op dat van het achterwege laten van bewijsuitsluiting in een geval als het onderhavige geen stimulans voor opsporingsambtenaren uitgaat om zich aan de regels te houden. Hij is daarom geneigd toch nadeel aan te nemen (ook al heeft hij zich eerder op dit punt terughoudend opgesteld, vgl. onderdeel 3.19 van de conclusie voor HR 6 september 2005, *NJ* 2006/447 m.nt. J.M. Reijntjes). Vanuit eenzelfde gedachte pleit Kooijmans ervoor dat de feitenrechter de vrijheid blijft nemen – die de Hoge

Raad tot op beperkte hoogte laat – om bewijsuitsluiting toe te passen in situaties waarin het vormverzuim ‘slechts’ heeft geleid tot de ontdekking van het strafbare feit en die ontdekking niet als rechtens relevant nadeel kan gelden (*DD* 2011, p. 1107-1108; zie ook onderdeel 4 van de noot onder HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603).

Ik voeg mij met nog een ander argument aan de zijde van de critici. Met terughoudendheid en nuance in het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen is naar mijn mening weinig mis, maar ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad de lat – vooral in relatie tot bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – steeds hoger legt. En hoe hoger de lat komt te liggen, des te sterker dringt de vraag zich op of de controle op de rechtmatigheid en de behoorlijkheid van de opsporing anderszins adequaat wordt gewaarborgd. Of om het als retorische vraag te formuleren: is het nou wel verstandig dat de strafrechter zich op dit terrein terugtrekt, terwijl niet duidelijk is wie dan wel effectief toezicht houdt?